



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
 SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 10120.011262/2007-71
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2401-003.661 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 9 de setembro de 2014
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente SOCIEDADE RESIDENCIAL VACA BRAVA UM S/A E OUTROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2004 a 30/04/2007

GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE PELO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES COM A SEGURIDADE SOCIAL

As empresas integrantes de grupo econômico respondem solidariamente pelo cumprimento das obrigações para com a Seguridade Social

COMPROVAÇÃO DE INTERESSE COMUM. IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. PROCEDÊNCIA.

Procede a imputação de responsabilidade solidária a empresas, quando resta evidente a existência de interesse comum na situação que configure o fato gerador da obrigação tributária.

RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES. NÃO COMPROVAÇÃO.

Necessária a descrição individualizada dos fatos imputados a cada um dos administradores para a responsabilização solidária prevista no artigo 135, inciso III, do CTN.

CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. COLOCAÇÃO DE TRABALHADORES À DISPOSIÇÃO DO CONTRATANTE. NECESSIDADE PERMANENTE, CARACTERIZAÇÃO.

A colocação de trabalhadores à disposição do contratante, em suas dependências ou na de terceiros por ele designados, para execução de atividades que se constituam em necessidade permanente do tomador, é suficiente para caracterizar a ocorrência de cessão de mão-de-obra, independentemente da comprovação de que os obreiros estivessem subordinados ao contratante.

FALTA DE COMPROVAÇÃO DE QUE A EMPRESA PRESTADORA COLOCAVA TRABALHADORES A SERVIÇO DA TOMADORA NA SEDE DESTA OU EM LOCAL POR ELA INDICADO.

**DESCARACTERIZAÇÃO DA CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA.
INEXISTÊNCIA D OBRIGAÇÃO DE RETER**

Um dos requisitos essenciais para caracterizar a cessão de mão-de-obra é que a empresa tomadora coloque trabalhadores a serviço da tomadora em suas dependência ou em local por esta indicado. Na espécie verifica-se que os serviços eram prestados na sede da própria contratada, não havendo, por esse motivo, a obrigação da contratante de reter a contribuição prevista no art. 31 da Lei n. 8.212/1991.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/07/2004 a 30/04/2007

LANÇAMENTO QUE CONTEMPLA A DESCRIÇÃO DOS FATOS GERADORES, A QUANTIFICAÇÃO DA BASE TRIBUTÁVEL E OS FUNDAMENTOS LEGAIS DO DÉBITO. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA OU DE FALTA DE MOTIVAÇÃO. NULIDADE AFASTADA.

O fisco, ao narrar os fatos geradores e as circunstâncias de sua ocorrência, a base tributável e a fundamentação legal do lançamento, fornece ao sujeito passivo todos os elementos necessários ao exercício da ampla defesa, não havendo o que se falar em prejuízo ao direito de defesa ou falta de motivação do ato, que pudessem conduzir à nulidade da lavratura, mormente quando os termos da impugnação/recurso permitem concluir que houve a perfeita compreensão do lançamento pelo autuado.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/07/2004 a 30/04/2007

CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL.PRAZO DECADENCIAL.

O prazo para constituição de crédito relativo às contribuições para a Seguridade Social segue a sistemática do Código Tributário Nacional, que é, em regra, de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, I) Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento. II) Por maioria de votos, rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva solidária das empresas integrantes de grupo econômico de fato. Vencido a conselheira Carolina Wanderley Landim, que excluía do pólo passivo os responsáveis solidários. III) Por unanimidade de votos: a) excluir do pólo passivo as pessoas físicas arroladas; b) rejeitar a arguição de decadência; e c) no mérito dar provimento ao recurso. Declarou-se impedido o conselheiro Igor Araújo Soares, substituído pelo conselheiro Elfas Cavalcante Lustosa Aragão Elvas.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Kleber Ferreira de Araújo - Relator

Participaram do presente julgamento o(a)s Conselheiro(a)s Elias Sampaio Freire, Kleber Ferreira de Araújo, Elfas Cavalcante Lustosa Aragão Elvas, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Carolina Wanderley Landim e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata-se de recurso interposto pelo sujeito passivo contra o Acórdão n.º 03-26.672 de lavra da 5.ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento – DRJ em Brasília (DF), que julgou improcedente a impugnação apresentada para desconstituir a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD n.º 37.074.641-4.

O lançamento contempla a contribuição devida em decorrência da falta de retenção pela notificada, na condição de tomadora de serviços prestados por empreitada ou cessão de mão-de-obra, do valor de 11% da fatura de prestação de serviços, nos termos do art. 31 da Lei n. 8.212/1991.

De acordo com o relatório fiscal, fls. 180 e segs., os serviços envolvidos foram prestados pela empresa EBM Incorporadora S/A e dizem respeito às atividades de secretaria, controle, expediente e escritório, os quais foram executados continuamente para atender a uma necessidade permanente da contratante.

Afirma-se que não foram informados em Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP os trabalhadores cedidos pela empresa EBM para execução dos serviços para a notificada.

A autoridade lançadora asseverou também que as notas fiscais emitidas pela prestadora indicavam tratar-se de “taxa de administração”, todavia, a administração da obra era efetuada por outras empresas, sendo que a EBM, de fato, apenas prestava serviço mediante cessão de mão-de-obra em atividades técnicas e administrativas.

Revela-se ainda que a notificada possuía como única incorporação o Residencial Chateau du Parc, cujo canteiro de obras localizava-se no endereço da própria empresa, onde era mantido apenas um empregado na função de apontador.

A contribuição lançada foi calculada pela alíquota de 11%, incidente sobre o valor bruto das notas fiscais de serviço emitidas pela EBM em nome da Sociedade Vaca Brava.

O fisco vinculou como responsáveis solidários pelo crédito tributário diversas pessoas físicas e jurídicas, conforme passo agora a relatar.

A Sociedade Residencial Vaca Brava Um S/A é uma empresa do tipo Sociedade de Propósito Específico, com prazo de existência limitado à conclusão do seu objetivo social, qual seja, incorporação, construção, venda e entrega das unidades imobiliárias do empreendimento denominado Edifício Chateau du Parc.

Constituída em 05/06/2003, teve como acionistas a EBM Incorporadora S/A e a ORBX Incorporadora S/A, com participação no capital social de 10% e 90%, respectivamente.

Mesmo antes da constituição da empresa Vaca Brava, foi expedido alvará de construção do Edifício Chateau du Parc, tendo a empresa Logical Participações Ltda a incumbência legal de realizar a obra. Esta empresa tem no seu quadro societário um dos diretores da EBM, o Sr. Dener Álvares Justino. A razão social da Logical foi posteriormente alterada para OPUS Incorporadora Ltda.

Em 01/03/2004, a Logical alienou à Sociedade Vaca Brava o terreno referente à citada edificação, operação esta que teve como pagamento a entrega de cinco unidades do Residencial Chateau du Parc. Assevera o fisco que os cinco apartamentos em questão tinham valor orçado bem superior ao do terreno.

Segundo a auditoria a empresa EBM tinha como prática corrente constituir Sociedades Anônimas de Capital Fechado para cada um dos seus empreendimentos imobiliários, fato que possibilitaria o pagamento de menos impostos, além de impedir a responsabilização de seus sócios pelas dívidas tributárias decorrentes dos negócios.

Afirma-se ainda que os recursos financeiros da EBM vêm sendo movimentados em conta bancária de uma das empresas do grupo, a Republica de Gestão de Recursos S/A, CNPJ-05138866/0001-87, cadastrada no mesmo endereço da filial goiana da EBM.

Após apresentar os fatos e considerações acima, o fisco conclui:

“19- A situação aqui descrita caracteriza o GRUPO ECONÔMICO, visto têm interesse comum na construção e situação que constituiu os fatos geradores das obrigações principais das contribuições sociais. Portanto, os componentes do grupo econômico respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações tributárias, conforme artigos 243 e 116 da Lei 6404/75, art. 124 do CTN-Lei 5172/66, art.2º da CLT-Decreto-Lei 5452/43, art. 13 da Lei 8620/93, art.30, IX, da Lei 8212/91 e art. 222 do Decreto 3048/99. Consequentemente, o presente débito de contribuições previdenciárias foi lavrado em nome dos responsáveis solidários: ORBX Incorporadora S/A, EBM Incorporadora S/A, Opus Incorporadora Ltda (Logical), Dener Álvares Justino, Adriano Álvares Justino, Cleuner Teixeira de Souza, Ana Célia Carvalho de Barros Amorim, Elbio Moreira, Bento Odilon Moreira Filho e Wanderley Borges de Melo.”

Apresentaram impugnação, os codevedores Bento Odilon Moreira Filho (fls. 224 e segs.); Adriano Álvares Justino (fls. 332 e segs.); Elbio Moreira (fls. 556 e segs.)

As defesas apresentadas versam, em síntese, sobre a inexistência de grupo econômico e a impossibilidade de responsabilização de pessoas que sequer figuraram no quadro societário da notificada. Ao final, pede-se o cancelamento da lavratura ou exclusão do nome dos impugnantes do polo passivo da lavratura.

Além dos argumentos acima, a empresa OPUS Incorporadora Ltda, adicionou a alegação de que não pode haver a responsabilização do sócio de sociedade em conta de participação(ver fls. 390 e segs.). Nesse mesmo sentido se manifestou Dener Álvares Justino, fls. 623 e segs.

Às fls. 269 e segs. consta impugnação da EBM Incorporadora onde basicamente argumenta que na condição de sócia da notificada não pode ser chamada a responder solidariamente pelo crédito, posto que não foram demonstradas as hipóteses do CTN que permitem esse tipo de vinculação do sócios com a dívida da empresa. Afirma que, quando

muito, poderia ser chamada para responder subsidiariamente. Apresentou peça idêntica a empresa ORBX Incorporadora (fls. 452 e segs.)

Ana Célia Carvalho de Barros Amorim, às fls. 530 e segs., afirmou que não foi comprovada a existência de grupo econômico, nem poderia ser responsabilizada pelo dívida, posto que é apenas sócia de uma sociedade por ações. Também assim se pronunciou Cleuner Teixeira de Sousa, fls. 684 e segs.

Além dos argumentos acima Wanderley Borges de Melo sustentou que retirou-se da sociedade ORBX antes da constituição da Empresa Vaca Brava, fls. 731.

Conjuntamente as empresas EBM, ORBX, República Gestão de Recursos e Opus Incorporadora apresentaram seu inconformismo acerca da suposta formação de grupo econômico. Alegam que o fisco não conseguiu demonstrar o interesse comum que as vinculariam como integrantes de grupo econômico.

A notificada defendeu-se às fls. 843 e segs., mencionando em síntese que:

a) o relatório do fisco é obscuro, deixando de apresentar pontos imprescindíveis à constituição do crédito previdenciário, fato que conduz a nulidade da lavratura por claro cerceamento ao direito de defesa do sujeito passivo e das empresas arroladas como codevedoras;

b) na espécie não se pode falar em grupo econômico, posto que não restou caracterizada a existência de direção, controle ou administração entre as pessoas físicas e jurídicas arroladas pelo fisco;

c) inexistente no direito pátrio a possibilidade de se atribuir responsabilidade tributária com esteio apenas em instrução normativa, sob pena de afronta ao princípio da estrita legalidade, que norteia esse ramo jurídico;

d) não há permissivo legal para inclusão do sócio oculto da Sociedade em Conta de Participação como responsável pelo crédito consubstanciado na NFLD, na condição de devedor solidário;

e) os serviços prestados pela EBM, relativos às atividades de secretaria, controle, expediente e escritório”, são inerentes ao papel do incorporador de obra, caracterizando-se como administração de obra, sendo, portanto, dispensados da retenção prevista no art. 31 da Lei n. 8.212/1991;

f) pelos motivos alinhavados a NFLD é nula, devendo ser cancelada de plano;

g) é equivocado o entendimento do fisco de que os serviços eram contínuos e preenchiam uma necessidade permanente do tomador, posto que sequer ficou demonstrada a existência de subordinação jurídica no caso concreto;

h) a responsabilidade da notificada, na condição de tomadora dos serviços é subsidiária, portanto, o cumprimento da obrigação deveria ter sido demandado logo do sujeito passivo, a prestadora de serviço, a qual sequer foi notificada a comprovar o pagamento das contribuições;

i) operou-se a decadência parcial das contribuições lançadas;

j) é cabível a realização de perícia técnica, para a qual indica profissional habilitado e formula os quesitos.

Ao final, pede pelo cancelamento da NFLD e que as intimações sejam efetuadas na Av. 136, n. 960, 15. andar, Goiânia (GO) ou no endereço do seu advogado.

Consta, fls. 892/893, declaração da responsável técnica pela escrituração contábil da empresa, onde firma que não há contabilização das despesas por centro de custo distinto, pois, a empresa foi constituída com o propósito específico de edificar e comercializar uma única obra, conforme determina o seu estatuto social.

Assevera também que a falta de empregados no quadro da notificada se deu pelo fato de ter sido firmado um contrato de prestação de serviços de administração entre a Sociedade Residencial Vaca Brava Um S/A e a EBM Incorporações S/A, pelo qual, a segunda empresa ficou responsável pela execução das atividades administrativas constantes daquele contrato.

Na decisão de primeira instância, fls. 1.308 e segs., inicialmente foi afastado o pedido para realização de prova pericial. A turma *a quo* entendeu que na lide não haveria necessidade de conhecimento técnico especializado para sua resolução, além de que os elementos constantes nos autos já seriam suficientes para formação do convencimento dos julgadores.

Para a DRJ, a caracterização da existência de grupo econômico é inquestionável, os autos demonstram a interligação entre a empresa EBM e a notificada, na medida em que esta sequer possui escritório e todas as suas atividades administrativas são executadas pelos trabalhadores da primeira.

Afirma-se que não há dúvida de que as relações entre a Residencial Vaca Brava Um S/A e as empresas ORBX Incorporadora S/A; EBM Incorporadora S/A, Opus Incorporadora Ltda (Logical) demonstram a ocorrência dos pressupostos necessários à atribuição de responsabilidade solidária previstas, nos termos do art. 124 do CTN e do inciso IX do art. 30 da Lei n. 8.212/1991.

Foi afastada a nulidade da lavratura em razão do prejuízo à defesa das empresas, uma vez que entendeu o órgão recorrido que todas as informações necessárias e suficientes ao exercício da ampla defesa pelas notificadas estão presentes na NFLD.

Para a DRJ a empresa notificada deveria efetuar a retenção da contribuição previdenciária sobre as notas fiscais emitidas pela EBM, haja vista que os serviços prestados incluem-se na norma encartada no art. 31 da Lei n. 8.212/1991, não se verificando qualquer dispositivo que pudesse afastar tal obrigação.

Asseverou-se que os serviços prestados continuamente e que constituam em necessidade permanente do tomador, como é o caso daqueles incluídos no lançamento, enquadram-se no conceito de cessão de mão-de-obra, sendo certa a exigência da retenção.

Quanto à exclusão dos sócios das empresas arroladas da condição de devedores, o órgão recorrido não a acatou, adotando como base legal o art. 13 da Lei n. 8.620/1993. Todavia, fez-se ressalva à relação de corresponsáveis anexada à NFLD, a qual não teria atribuído responsabilidade solidária às pessoas ali arroladas, mas apenas carregado informações adicionais, as

quais podem ou não ser aproveitadas em futuro processo de execução judicial da dívida.

Inconformada com a decisão da DRJ, a empresa notificada recorreu, apresentando, além das alegações anteriores, o argumento de que a decisão recorrida não teria apreciado todas as suas manifestações de inconformismo, mormente aquelas constantes nos itens II.1.2 e II.1.4. Sustentou também que os pagamentos efetuados pela empresa prestadora deveriam ser considerados na apuração fiscal.

As demais pessoas físicas e jurídicas arroladas como devedoras solidárias, interpuseram recursos voluntários, apresentando as mesmas alegações trazidas na defesa.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, Relator

Admissibilidade

O recurso merece conhecimento, posto que preenche os requisitos de tempestividade e legitimidade.

Nulidade do lançamento

Apreciando o relatório fiscal e anexos, pude perceber que os requisitos legais de constituição do crédito estão presentes na espécie. O fisco, de fato, colocou à disposição da empresa notificada e suas solidárias todos os elementos necessários ao exercício de defesa.

Isso fica muito evidente quando se compulsa as peças de inconformismo. As defesas/recursos revelam que as empresas arroladas no polo passivo tiveram perfeita compreensão das imputações que lhe foram feitas na peça acusatória.

O relato do fisco, longe de se apresentar obscuro, indica claramente os fatos geradores da contribuição lançada, qual seja a prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra pela empresa EBM Incorporadora, em atividades que se constituíam uma necessidade contínua da contratante, a notificada.

O fisco teve inclusive o cuidado de indicar que a prestação de serviço não se referiu à administração de obra, esta excluída da retenção, mas de tarefas em serviços meramente administrativos, tais como secretaria, almoxarifado, telefonia, dentre outros.

A base tributável foi claramente identificada como o valor bruto das notas fiscais de prestação de serviços emitidas pela EBM em nome da empresa Vaca Brava, cujos valores encontram-se discriminados no Relatório de Lançamentos, fls. 15 e segs., onde consta a individualização de cada documento fiscal.

Alíquota foi mencionada no relatório fiscal, no qual foi lançada também a base jurídica que deu sustentação ao lançamento. Esta fundamentação consta ainda no anexo Fundamentos Legais do Débito.

A extensão da responsabilidade tributária para outras empresas e pessoas físicas foi justificada pelo fisco, que indicou as evidências que o levaram a concluir pela existência dos pressupostos fático-jurídicos que culminaram com a vinculação das pessoas pelo laço da solidariedade.

Não há, portanto, qualquer espaço para que se insinue a ocorrência de prejuízo ao direito de defesa da contribuinte e responsáveis, posto que o fisco cumpriu à risca todas as normas procedimentais, mormente, o art. 142 do CTN, norma mestra para verificação dos elementos obrigatórios do documento de constituição do crédito tributário.

Afasto, assim, essa preliminar.

Da ocorrência de grupo econômico

O art. 121 do CTN, que trata da sujeição passiva na relação jurídico-tributária, distingue duas espécies de sujeito passivo. O **contribuinte** é aquele que tem relação pessoal e direta com a situação que dá ensejo ao fato gerador, enquanto que o **responsável** é aquele que, não sendo contribuinte, deve suportar o ônus da obrigação tributária em razão de expressa disposição legal.

Na sequência do mesmo Código, o art. 124 apresenta o instituto jurídico da responsabilidade solidária tributária. Ali são elencadas duas possibilidades: a) a solidariedade decorrente da existência de interesse comum na situação que constitui o fato gerador e b) a dita **solidariedade legal**, que se refere aos casos em que a própria lei determina a vinculação das pessoas ao crédito tributário na condição de devedoras solidárias.

O inciso IX da Lei n. 8.212/1991, invocado pelo fisco no presente lançamento, é um caso típico da responsabilidade tributária por determinação legal. O dispositivo em tela determina que as empresas que integram grupo econômico respondem solidariamente pelas obrigações para com a Seguridade Social. Assim, para que haja a responsabilidade solidária é suficiente que o fisco demonstre a configuração do grupo de empresas.

Observa-se, todavia, que não se cuidou ali de definir o alcance do termo grupo econômico. Assim, deve-se buscar no ordenamento outros diplomas que nos forneçam o conceito do que seja grupo econômico.

A Lei n. 6.404/1976 (Lei das S/A) apresenta nos seus arts. 265 e 267 a definição de **grupo econômico de direito**, como sendo aquele em que várias empresas, sob o controle de uma delas, resolvem formalmente reunir recursos e esforços para atingir os seus objetivos individualmente ou empreendimentos compartilhados.

Mas não é esse tipo de configuração que exsurge dos autos. Na espécie se está diante do chamado **grupo econômico de direito**, cuja conceituação é extraída do § 2.º do art. 2.º da CLT, redigido assim:

“Art. 2º Considera-se empregador a empresa individual ou coletiva, que, assumindo os riscos de atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.

§ 1º [...]

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.”

A moderna doutrina jurtrabalhista, no que vem sendo acompanhada pela jurisprudência, consegue extrair do dispositivo mais que uma interpretação meramente literal, de modo que se reconheça o grupo econômico, ainda que não haja a figura da empresa controladora principal. Admite-se, a configuração do denominado **"grupo composto por coordenação"**, em que as empresas atuam horizontalmente, no mesmo plano, participando todas do mesmo empreendimento independente do controle jurídico, com base apenas na

organização comum da atividade econômica, conforme se pode verificar dos julgados a seguir ementados, perfeitamente aplicáveis ao caso em apreciação:

GRUPO ECONÔMICO DE FATO. CARACTERIZAÇÃO.

O §2.º do art. 2º da CLT deve ser aplicado de forma mais ampla do que seu texto sugere, considerando-se a finalidade da norma, e a evolução das relações econômicas nos quase sessenta anos de sua vigência. Apesar da literalidade do preceito, podem ocorrer, na prática situações em que a direção, o controle ou a administração não estejam exatamente nas mãos de uma empresa, pessoa jurídica. Pode não existir uma coordenação, horizontal, entre as empresas, submetidas a um controle geral, exercido por pessoas jurídicas ou físicas, nem sempre revelado nos seus atos constitutivos, notadamente quando a configuração do grupo quer ser dissimulada. Provados fartamente, o controle e a direção por determinadas pessoas físicas que, de fato, mantém a administração das empresas, sob um comando único, configurado está o grupo econômico, incidindo a responsabilidade solidária. (TRT/15ª REGIÃO. Decisão N° 061975/2005PATR., Relatora: MARIANE KHAYAT, publicado em 19/12/2005).

GRUPO ECONÔMICO.

Empresas que embora tenham situação jurídica distinta, são dirigidas pelas mesmas pessoas, exercem suas atividades no mesmo endereço e uma delas presta serviços somente à outra, formam um grupo econômico, a teor das disposições trabalhistas, sendo solidariamente responsáveis pelos legais direitos do empregado de qualquer delas. (TRT 3ª Região. 2T—RO/1551/86 Relator ÉDSON ANTÔNIO FIÚZA GOUTHIER).

Passemos, então, a verificação dos fatos apresentados pelos autos.

A análise da operação societária que deu ensejo à criação da autuada já permite concluir pela existência de grupo econômico formado por esta e as empresas EBM Incorporações S/A e ORBX Incorporadora S/A.

Tendo-se em conta que a Sociedade Residencial Vaca Brava tem existência com o fim específico de edificar e comercializar as unidades do Edifício Chateau du Parc, não resta dúvida que as empresas EBM e ORBX se uniram, conjugando esforços para realizar o citado empreendimento imobiliário.

Salta aos olhos a subsunção da situação fática apresentada aos ditames do art. § 2. do art. 2. da CLT, principalmente quando se verifica que a notificada é comandada pelos diretores Ana Célia Carvalho de Barros Amorim e Cleuner Teixeira de Souza, pessoas estas que são, respectivamente, sócios majoritários da EBM e ORBX.

Outra questão que me parece de grande relevo é o fato da notificada sequer possuir escritório, utilizando-se de toda a estrutura administrativa da EBM.

Caracterizado o grupo econômico de fato, a solidariedade das empresas EBM e ORBX para com a dívida lançada é indiscutível, posto que arrimada na Lei, *in casu*, no inciso IX do art. 30 da Lei n. 8.212/1991.

Quanto à empresa Logical Participações Ltda, atual Opus Incorporadora Ltda, além da formação do grupo econômico, a solidariedade decorre da existência de interesse comum na situação que constituiu o fato gerador das contribuições, consoante o inciso I do art. 124 do CTN, dispositivo mencionado pelo fisco em sua fundamentação.

Reparem que a Logical adquiriu o terreno onde seria edificado o Residencial Chateau du Parc e obteve em seu nome o alvará de construção. Esse terreno foi permutado com a empresa Vaca Brava, que concedeu procuração à Logical para alienar cinco das unidades imobiliárias do referido empreendimento.

Por outro lado, verifica-se que o quadro societário da Logical é composto por diretores da EBM Incorporadora, os Senhores Dener Álvares Justino e Adriano Álvares Justino. Esse fato por si só não seria determinante para atribuição da responsabilidade solidária, mas revela mais um indício da interligação entre as empresas.

Assim não resta dúvida que mais que um mero interesse econômico, havia sim um interesse jurídico conjunto da notificada com a empresa Logical Participações na situação que configurou o fato gerador, qual seja, a contratação de serviços para edificação do Residencial Chateau du Parc.

Ressalte-se que a alegada impossibilidade de atribuição da responsabilidade solidária a integrantes de sociedade em conta de participação não deve ser acatada, posto que não há nenhuma evidência nos autos quanto a existência deste tipo de sociedade. Creio, inclusive, que este ponto da impugnação deixou de ser apreciado pela DRJ por absoluta falta de conexão com os autos.

De se concluir que a solidariedade entre as empresas arroladas pelo fisco deve ser mantida, posto que presentes os pressupostos legais necessários para tal. Esse entendimento, inclusive, encontra-se em perfeita consonância com o que ficou decidido em outros julgamentos tratando da mesmíssima situação, falo dos acórdãos 2302-01.802 e 2803-002.577, nos quais se manteve o vínculo de solidariedade entre as empresas, tendo afastado esse efeito para as pessoas físicas.

Conforme veremos a seguir, de fato, as pessoas físicas devem ser excluídas do polo passivo.

Exclusão da responsabilidade solidária para as pessoas físicas

Observa-se que a autoridade lançadora colocou diversas pessoas físicas no polo passivo da lavratura sob a justificativa de que teriam interesse comum na ocorrência dos fatos geradores.

A DRJ por sua vez manteve esta vinculação tomando como fundamento jurídico o art. 13 da Lei n. 8.620/1993.

Não vejo como manter os sócios das empresas arroladas como solidários pela dívida tributária sob enfoque.

Para colocação dessas pessoas físicas na posição passiva do crédito, conforme pretendeu o fisco, haveria a necessidade que se comprovasse a ocorrência da

hipótese prevista no inciso III do art. 135 do CTN, ou seja, deveria haver nos autos a cabal demonstração da prática pelos administradores de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Nos autos não há nada que aponte neste sentido.

Por outro lado a justificativa legal da DRJ, com base no art. 13 da Lei n. 8.620/1993, já não subsiste no nosso ordenamento. Ao apreciar o RE 562.276 – PR, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional este dispositivo, como se pode ver da ementa do julgado:

DIREITO TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. ART 146, III, DA CF. ART. 135, III, DO CTN. SÓCIOS DE SOCIEDADE LIMITADA. ART. 13 DA LEI 8.620/93. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAL E MATERIAL. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DA DECISÃO PELOS DEMAIS TRIBUNAIS. 1. Todas as espécies tributárias, entre as quais as contribuições de seguridade social, estão sujeitas às normas gerais de direito tributário. 2. O Código Tributário Nacional estabelece algumas regras matrizes de responsabilidade tributária, como a do art. 135, III, bem como diretrizes para que o legislador de cada ente político estabeleça outras regras específicas de responsabilidade tributária relativamente aos tributos da sua competência, conforme seu art. 128. 3. O preceito do art. 124, II, no sentido de que são solidariamente obrigadas “as pessoas expressamente designadas por lei”, não autoriza o legislador a criar novos casos de responsabilidade tributária sem a observância dos requisitos exigidos pelo art. 128 do CTN, tampouco a desconsiderar as regras matrizes de responsabilidade de terceiros estabelecidas em caráter geral pelos arts. 134 e 135 do mesmo diploma. A previsão legal de solidariedade entre devedores – de modo que o pagamento efetuado por um aproveite aos demais, que a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, também lhes tenha efeitos comuns e que a isenção ou remissão de crédito exonere a todos os obrigados quando não seja pessoal (art. 125 do CTN) – pressupõe que a própria condição de devedor tenha sido estabelecida validamente. 4. A responsabilidade tributária pressupõe duas normas autônomas: a regra matriz de incidência tributária e a regra matriz de responsabilidade tributária, cada uma com seu pressuposto de fato e seus sujeitos próprios. A referência ao responsável enquanto terceiro (dritter Persone, terzo ou tercero) evidencia que não participa da relação contributiva, mas de uma relação específica de responsabilidade tributária, inconfundível com aquela. O “terceiro” só pode ser chamado responsabilizado na hipótese de descumprimento de deveres próprios de colaboração para com a Administração Tributária, estabelecidos, ainda que a contrario sensu, na regra matriz de responsabilidade tributária, e desde que tenha contribuído para a situação de inadimplemento pelo contribuinte. 5. O art. 135, III, do CTN responsabiliza apenas aqueles que estejam na direção, gerência ou representação da pessoa jurídica e tão-somente quando praticarem atos com excesso de poder ou

infração à lei, contrato social ou estatutos. Desse modo, apenas o sócio com poderes de gestão ou representação da sociedade é que pode ser responsabilizado, o que resguarda a personalidade entre o ilícito (mal gestão ou representação) e a consequência de ter de responder pelo tributo devido pela sociedade. 6. O art. 13 da Lei 8.620/93 não se limitou a repetir ou detalhar a regra de responsabilidade constante do art. 135 do CTN, tampouco cuidou de uma nova hipótese específica e distinta. Ao vincular à simples condição de sócio a obrigação de responder solidariamente pelos débitos da sociedade limitada perante a Seguridade Social, tratou a mesma situação genérica regulada pelo art. 135, III, do CTN, mas de modo diverso, incorrendo em inconstitucionalidade por violação ao art. 146, III, da CF. 7. O art. 13 da Lei 8.620/93 também se reveste de inconstitucionalidade material, porquanto não é dado ao legislador estabelecer confusão entre os patrimônios das pessoas física e jurídica, o que, além de impor descon sideração ex lege e objetiva da personalidade jurídica, descaracterizando as sociedades limitadas, implica irrazoabilidade e inibe a iniciativa privada, afrontando os arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição. 8. Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei 8.620/93 na parte em que determinou que os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada responderiam solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social. 9. Recurso extraordinário da União desprovido. 10. Aos recursos sobrestados, que aguardavam a análise da matéria por este STF, aplica-se o art. 543-B, § 3º, do CPC.

A diretriz estabelecida no julgamento acima vincula os membros do CARF, por força do art. 62-A do seu Regimento Interno, uma vez que a decisão foi tomada no rito dos recursos repetitivos (art. 543-B do CPC).

Tal exclusão de responsabilidade solidária, todavia, não implica que as pessoas físicas em questão sejam excluídas do Relatório de Representantes legais, fl. 20. Pelo contrário, devem permanecer integrando tal relação, eis que figuram como sócios das pessoas jurídicas supostamente responsáveis pela satisfação do crédito tributário objeto do presente lançamento.

É cediço que a Relação de Representantes Legais presta-se como subsídio à Procuradoria da Fazenda Nacional, caso haja a necessidade de execução judicial do crédito previdenciário, nas situações em que reste configurada a responsabilidade pessoal dos gestores pelos atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos estatuídos no inciso III do art. 135 do CTN.

Decadência

Não há de ser acatada a decadência parcial postulada pela contribuinte, uma vez que o período do lançamento é 07/2004 a 04/2007 e a ciência do lançamento para todas as empresas deu-se no ano de 2007, portanto, por quaisquer das normas que se utilize para contagem do lapso decadencial, não terá ocorrido o transcurso do lustro previsto no CTN.

Da incidência da retenção

Tem razão a notificada ao afirmar que os serviços prestados pela empresa EBM não se enquadram na regra da retenção prevista no art. 31 da Lei n. 8.212/1991, na redação dada pela Lei n. 9.711/1998, o qual vale a pena agora transcrever:

Art.31.A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5º do art. 33.

Os contornos interpretativos do que seria cessão de mão-de-obra vem explicitado no § 3. do mesmo artigo, nos seguintes termos:

§3ºPara os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.

Vejo que as características dos serviços prestados pela EBM não se amoldam perfeitamente à hipótese acima. É fora de discussão de que os serviços de secretaria, telefonista, escrituração, preparo de documentação, arquivo de documentação, almoxarifado, compra de materiais, distribuição de materiais, controle, contratação, recepção de clientes, escrituração contábil, dentre outros, quando prestados por empregados da contratada continuamente na sede da contratante ou em local por ela indicado, para atender a uma necessidade permanente da desta, caracteriza a ocorrência de cessão de mão-de-obra, fato que justifica a incidência do dispositivo acima.

Todavia, não é essa situação que se apresenta nos autos. A própria autoridade lançadora não deixa dúvida de que a tomadora não possuía estrutura física que comportasse a prestação de serviço em sua sede. Fica bem nítida essa situação quando se afirma que as dependências da Vaca Brava era o seu canteiro de obra, que contava somente com um trabalhador na função de apontador.

Assim, a autuada teria que contar com a estrutura administrativa da EBM, qual seja os serviços prestados pelos empregados desta e em suas dependências (da contratada).

Não havendo a colocação de trabalhadores em local designado pela tomadora inexistente cessão de mão-de-obra. Leve-se em conta que os empregados da EBM não estavam exclusivamente prestando serviço para a autuada, mas atuavam em todas as atividades requeridas pela sua empregadora, inclusive em outras obras por esta administrada, conforme ficou muito bem delineado na sustentação oral levada a efeito pela patrona da recorrente.

Por outro lado, há de se ter em conta que o simples fato de haver a contratação de outras empresas de engenharia para fazer o acompanhamento da obra, por si só, não é suficiente para caracterizar a cessão de mão-de-obra, onde se nota que não havia a colocação de trabalhadores a serviço da contratante.

Conclui-se que, não havendo cessão de mão-de-obra, não há o que se falar da obrigação de reter, sendo improcedente o lançamento.

Conclusão

Voto por afastar a preliminar de ilegitimidade passiva das empresas integrantes do grupo econômico, por excluir do polo passivo as pessoas físicas arroladas, por não reconhecer a decadência e, no mérito, por dar provimento ao recurso.

Kleber Ferreira de Araújo.